Controversen und unnöthigen Verzögerungen, und durch Beförderung materieller Oeffentlichkeit seit einigen Jahren außerordentlich gewonnen, und zur formellen Oeffentlichkeit herangereift ist, früher oder später solchen Impulsen nachfolgen werden. —

IV.

Ueber die Anwendung neuer Proceßgesetze auf anhängige Rechtsstreitigkeiten.

Von Mittermaier.

§. 1.

Ueber die Grundansicht, welche bey Beantwortung der Frage über rückwirkende Kraft der Proceßgesetze entscheidet.

Bekannt sind die zahlreichen Schriften, welche die Aufgabe sich setzten in Bezug auf das Civilrecht die Frage über die sogenannte rückwirkende Kraft der Gesetze zu erörtern; man hat mit einer Masse von Distinctionen sich zu helfen gesucht, oder durch die allgemeine Formel: daß erworbene Rechte nicht verletzt werden dürfen, den Streit zu beseitigen gehofft; es lohnt sich der Mühe, die in reicher Fülle gehäuften Fälle [1]) näher zu prüfen, welche in Frankreich in Bezug auf diese Frage vorkamen, um sich zu überzeugen, daß eben darüber der Streit gewöhnlich vorkömmt, wie weit man das erworbene Recht annehmen will. In Bezug auf die Proceßgesetzgebung kömmt Alles darauf an, zu welcher von den zwey möglichen Grundansichten man sich bekennen will. Nach

1) gesammelt in *Merlin* repertoire universel de jurisprudence. tom. XVI. unter dem Worte: effet retroactif pag. 218–290.

einer Ansicht, die am geistreichsten Meyer [2]) vertheidigte, ist die Procedur ein organisches Ganzes mit innerem Zusammenhang, so daß alle nachfolgenden Acte des Verfahrens mit den früheren verbunden, und eigentlich nur Fortsetzungen und Entwickelungen derselben sind, daher auch jeder einmal angefangene Proceß nur nach dem Gesetze, unter dessen Herrschaft das Verfahren begonnen wurde, fortgesetzt werden muß [3]). Nach einer zweyten Ansicht aber ist die Procedur ein Inbegriff successiver Acte, von welchen jeder selbstständig für sich betrachtet werden kann [4]), so daß der Proceß ebenso der Vergangenheit angehört, als neue Acte nach dem Gesetze vorzunehmen sind, unter dessen Herrschaft sie vorgenommen werden sollen [5]). Für die Wahrheit der ersten Ansicht spricht zwar die Erwägung, daß jede Parthey, welche einen Proceß beginnt, einen bestimmten Proceßplan für das ganze Verfahren sich entwirft, und darnach, indem sie nur auf die zur Zeit der Eröffnung des Processes geltende Gesetzgebung rechnet, Alles einrichtet. So beginnt der Kläger seinen Proceß nur deswegen, weil nach der jetzigen Gesetzgebung Zeugenbeweis zulässig ist, und er, der nur auf einen Zeugen sich berufen kann, die Hoffnung hat, durch den Ergänzungseid den Beweis vervollständigen zu können.

2) in der Schrift: principes sur les questions transitoires p. 29 u. 43.

3) Der Code de procedure Art. 1041 erklärt nur, daß die seit 1. Januar 1807 angefangenen Processe nach dem neuen Gesetze zu berichtigen seyen; daher folgt, daß die früher angefangenen nach dem alten Rechte sich richten; s. auch avis du conseil d'état v. 16. Febr. 1807. Carré traité et questions de procedure civile tom. II. pag. 634. s. noch Weber über die Rückanwendung positiver Gesetze S. 132.

4) in neuester Zeit ist dies vertheidigt in *Merlin* repertoire vol. XVI. p. 280.

5) Dies sprach ein *Arreté* des französ. gouvernement v. 5. fructidor l'an IX. aus.

Der Kläger anticipirt den Beweis nicht, weil die jetzt geltenden Gesetze es nicht fordern, er rechnet darauf, weil er seinen Gegner kennt, der fähig seyn würde, selbst seine Handschrift abzuläugnen, daß er durch das Mittel der Schriftenvergleichung die Aechtheit der Handschrift herstellen könne. Jede Parthey berechnet bey ihrer Handlung die Folgen, welche der Act nach der jetzigen Gesetzgebung haben wird, z. B. der Beklagte antwortet nicht, weil er weiß, daß nach dem bestehenden Gesetze nur Annahme der negativen Litiscontestation die Folge des Ungehorsams ist, oder er läßt sich auf den Streit ein, weil er weiß, daß das nach den Gesetzen zuläßige Mittel der Diffension den Streit bald beendigen werde. Jede Parthey dehnt ihren Proceßplan selbst auf die künftige Instanz aus, und berechnet die Befugnisse, welche das jetzige Gesetz in dieser Hinsicht ihr einräumt; mancher Kläger würde seinen Proceß nicht beginnen, wenn er nicht, da er oft nicht ohne Grund Ursache hat, der ersten und zweyten Instanz zu mißtrauen, auf die Zuläßigkeit der dritten Instanz, und auf die Weisheit der Richter rechnen würde, die in höchster Instanz sprechen. Mancher beginnt seinen Proceß, für den er zwar noch nicht alle Beweismittel zusammen hat, mit der Hoffnung, daß er, bis die Sache zur zweyten Instanz kömmt, das ihm noch fehlende Document erhalten werde, und rechnet dann auf das nach den jetzigen Gesetzen zuläßige Recht, nova in der Appellationsinstanz vorzubringen. So richtet auch bey dem Beginnen einer neuen Instanz eine Parthey nicht selten ihre Handlungsweise nach den geltenden Gesetzen ein; sie, obwohl sie gleichfalls Ursache hat, mit dem ergangenen Urtheile unzufrieden zu seyn, appellirt doch nicht, weil sie darauf baut, daß auch der Gegner nicht appelliren werde, und wenn er es thut, ihr immer noch das Recht zustehe, zu adhäriren, und dadurch die Abänderung des Urtheils zum eignen Vortheile zu bewirken. Selbst auf die zur Zeit als der Proceß begonnen wird, gesetzlich bestehende Executions-

ordnung baut jeder Kläger seinen Plan, er rechnet auf den strengen Wechselproceß, oder die gesetzliche Bestimmung, daß der Besiegte gewisse Einreden in der Execution nicht vorbringen dürfe, er baut auf das gesetzliche Recht des Siegers, den Zuschlag der Sache unter gewissen Bedingungen zu fordern. Auch die Behauptung, daß die späteren Proceßacte nur Entwickelungen und Fortsetzungen der frühern sind, scheint richtig; daß Replik nur Fortsetzung und Weiterbegründung der Klagschrift; die Duplikschrift eine bessere Begründung der Exceptionsschrift, und die Salvationsschrift eine Fortsetzung der Beweisverhandlungen ist, kann wohl nicht geläugnet werden, daher nach dieser Ansicht die Annahme, daß auch in schon anhängigen Processen für die späteren Acte die neuen Gesetze anzuwenden seyen, unter deren Herrschaft der Act vorgenommen wird, eine Verletzung der Rechte der Partheyen, eine Störung ihres wohl berechneten Proceßplans zu enthalten, und nothwendig Verwirrung im Processe zu erzeugen schiene.

Allein eine sorgfältige Erwägung aller Verhältnisse lehrt bald, daß diese Ansicht nicht ohne große Nachtheile durchgeführt werden kann, und auf Voraussetzungen beruht, die nur halb wahr sind. Wollte man consequent nach dieser Ansicht behaupten, daß jeder angefangene Proceß auch nach den alten Proceßgesetzen fortgesetzt werden müsse, so würde man die Gesetzgebung nöthigen, noch Jahrelang (bekanntlich kann man die Dauer mancher Processe leicht nach Jahren berechnen) die Mißbräuche und Gebrechen der alten Procedur fortbestehen zu lassen. Mag daher die Gesetzgebung aus weisen Gründen das geheime Verfahren des bisherigen Processes abschaffen, das nutzlose juramentum calumniae aufheben, die bisherige schleppende Form des Zeugenbeweises abändern — so nützt dies Alles nichts den Partheyen; wünscht auch der Beklagte die Anwendung der neuen besseren Form, so wird doch der Kläger nicht gebunden seyn, dies anzuerkennen, sondern auf der Fortdauer alter Form be-

stehen dürfen. Erwägt man noch, daß die Proceßform innig mit der Gerichtsverfassung zusammenhängt, und daher die neue Proceßgesetzgebung, wenn sie durchgreifende Verbesserung beabsichtigt, auch die Gerichtsorganisation modificiren wird, so müßte man auch behaupten, daß die Regierung die alte Gerichtsverfassung für die bereits angefangenen Processe noch Jahre lang fortbestehen lassen müßte, was nicht ohne große Störung und Kosten geschehen könnte. Oft werden auch manche Arten von Beamten, auf deren Einwirkung die alte Proceßform berechnet war, in der neuen Gerichtsorganisation aufgehoben werden, z. B. wenn an einem Orte bisher der französische Proceß bestand, und daher Beamten der Staatsbehörde und huissiers wesentlich zur Procedur gehörten. Wenn nun die Gesetzgebung den französischen Proceß aufhebt, soll man behaupten, daß für die bisher begonnenen Processe die französischen in der neu eingeführten Form völlig entbehrlichen Beamten doch beybehalten werden sollen? — Es ist aber auch an sich zuviel behauptet, das der Proceß ein Inbegriff untrennbarer, organisch unter sich zusammenhängender Acte sey. Man darf wohl hier von dem Satze ausgehen, daß jede neue Proceßgesetzgebung, durch die neue Form eine Verbesserung des Alten beabsichtige [6]), und zwar sowohl im Interesse der Gerechtigkeit, welcher daran gelegen ist, daß möglichst das materielle Recht auch formelles Recht werde, und nicht durch unpassende Formen oder chicaneuse trügliche Mittel die Aufhellung der Wahrheit leide, als auch im Interesse der Partheyen selbst, welche ihre Rechte verfolgen und am sichersten und schnellsten zu ihrem Ziele zu kommen wünschen. Wenn es zwar scheint, daß der Beklagte, welchem oft daran gelegen ist, auch wenn er den Anspruch des Klägers nicht in Abrede stellen kann, Zeit zu gewinnen, und den Streit in die Länge zu ziehen, ein Recht

---

6) Bergmann das Verbot rückwirkender Kraft neuer Gesetze. S. 170.

habe, alle Mittel des alten Gesetzes, wodurch diese Absicht erreicht werden kann, noch anzuwenden, sobald einmal der Proceß begonnen ist, so darf man doch annehmen, daß der Gesetzgeber nicht auf Partheyen Rücksicht nehme, welche gerechte Ansprüche des Gegners durch Chicanen zu vereiteln, oder den Kläger zu ermüden suchen, sondern nur auf solche, welche gerechte Processe zu führen beabsichtigen; daher verdienen die Launen einer Parthey, welche das juramentum calumniae von ihrem Gegner fordern will, oder eigensinnig darauf bestehen mag, daß ihr Streit nicht öffentlich verhandelt, oder daß status causae nicht regulirt werde, vor den Augen des Gesetzgebers ebensowenig Berücksichtigung, als die Absichten derjenigen Partheyen, welche die Processe nur benützen, um ihrer Rache Lauf zu lassen, oder den Gegner zu chicaniren, oder durch methodisch angelegte Proceßverzögerung den schwächeren Gegner endlich zu einem Vergleiche zu nöthigen, oder gegen bessere Ueberzeugung dem Gegner die Rechtsverfolgung zu erschweren, so wenig als jene Anwälde eine Berücksichtigung verdienen, welche nur die am längsten dauernden Processe am meisten lieben, und ihren Stolz darin finden, jedem auch dem ungerechtesten Processe den Schein eines gerechten zu geben, oder im Gebrauche aller möglichen Mittel der Chicane und Proceßverzögerung ihre Kunst zu entfalten. Berücksichtigt dagegen die Gesetzgebung, wie sie es muß, nur den Kläger, der nur wünscht, sein Recht sicher und schnell zu erreichen, und den Beklagten, der fordert, daß nicht durch übereiltes Verfahren die besonnene Prüfung der jenseitigen Ansprüche und seine Vertheidigung abgeschnitten oder nachtheilig beschränkt werde, so darf die Legislation annehmen, daß die Bürger selbst die in dem neuen Gesetze liegende Verbesserung billigen, und wenn sie daher vorschreibt, daß das neue Proceßgesetz sogleich auch in einem anhängigen Processe (unter gewissen Bedingungen) angewendet werde, so spricht sie nur aus, was die verständigen Bürger in der Voraussetzung, daß das neue Gesetz eine

wahre Verbesserung enthalte, gerne anerkennen werden, und setzt sich hinaus über das nie zu vermeidende Geschrey unverständiger oder eigennütziger Partheyen oder Anwälde, mit der sicheren Hoffnung, daß die Zeit und die Stimme der Erfahrung auch die Gegner zum Schweigen bringen werde. Wenn es auch wahr ist, daß in Bezug auf den Zweck des Processes ein gerechtes Urtheil zu erhalten, alle einzelnen im Verfahren vorkommenden Handlungen nur die Mittel zu dem Zwecke sind und in so fern unter sich zusammenhängen, so hindert dies doch nicht, daß eines der später angewendeten Mittel nach anderen Formen verhandelt werde, als diejenigen waren, welche zur Zeit der Vornahme des früheren Mittels galten. Nur darin liegt der Zusammenhang, daß durch jede dieser processualischen Handlungen die Wahrheit sicher aufgehellt werde [7]), und da praesumtive das neue Gesetz die neue Form in dem gleichen Interesse vorschrieb, aber mit der Ueberzeugung, daß in dieser Beziehung die alte Form Verbesserung brauche, so ist nicht einzusehen, was eine Parthey verlieren soll, wenn sie das spätere processualische Mittel nach anderen Formen brauchen muß, als dies früher der Fall gewesen wäre. So wahr es ist, daß, wenn man die Procedur nach gewissen Grundbestandtheilen betrachtet, unter den zu dem nämlichen Bestandtheile gehörigen Handlungen innerer Zusammenhang ist, so wenig gegründet ist es, wenn man dies von allen in einem Processe vorkommenden Handlungen behaupten will. Abgesehen davon, daß ohnehin viele Handlungen nur in den zufällig entstehenden Zwischenabschnitten des Verfahrens vorkommen, z. B. in dem Abschnitte über ein Arrestgesuch, ein Provisorium, eine Litisdenunciation, und daher die in diesem Abschnitte eintretenden Acte gewiß in keinem nothwendigen, vorauszusehenden Zusammenhange mit den früheren Hauptacten der Procedur stehen, ist es nicht einmal wahr, daß alle nach-

---

7) s. auch Linde Lehrbuch des deutschen Civilprocesses §. 24.

folgenden Proceßacte im unzertrennlichen Zusammenhange mit den früheren stehen, deren bloße Entwickelung sie seyn sollen. Wer mag dies z. B. von der Salvationsschrift sagen, und behaupten, daß sie nur Entwicklung der Klagschrift sey, oder daß dadurch eine Parthey leide, wenn das neue Gesetz vorschreibt, die Beweisführung, die bisher in Schlußschriften geschehen, müßte künftig mündlich in der Gerichtssitzung vorkommen?

Nur zwey Grundrücksichten sind es, welche bey der Anwendung der neuen Proceßgesetze die Legislation leiten müssen. I. So oft durch Anwendung des neuen Gesetzes die Verletzung eines erworbenen Rechtes entstünde, kann in einem anhängigen Streite das neue Gesetz nicht angewendet werden [8]. Die Schwierigkeit liegt nur darin, im einzelnen Falle zu entscheiden, wie weit ein solches Recht begründet ist [9]. Nur zu leicht kann man zur Behauptung kommen, daß jeder Contrahent schon bey Eingehung eines Rechtsverhältnisses das Recht erwerbe, daß sein Streit wegen dieses Verhältnisses nach den zur Zeit dieser obligatio geltenden Proceßgesetzen verhandelt werde; man könnte darnach behaupten, daß Mann und Frau schon bey ihrer Verheirathung auf den vortheilhaften Entscheidungsproceß speculiren, der zu der Zeit der Eingehung ihrer Ehe gilt, man könnte consequent selbst annehmen, daß jeder, welcher in einen Staat eintritt, die Gesetzgebung, welche zu der Zeit in dem Staat gilt, berücksichtige, darnach seinen Entschluß, ob er eintreten wolle, oder nicht, bestimme, und daher auch ein Recht erwerbe, so lange er in diesem Staate lebt, nach den damals geltenden Gesetzen gerichtet zu werden; die Consequenz könnte wenigstens zu der Behauptung getrieben werden, daß für die ge-

8) v. Gönner über das bayerische Gesetz von 1819. S. 491.

9) s. Weber über die Rückanwendung S. 131.
Wiesen über die rückwirkende Kraft der Gesetze S. 83.
Herrestorf über die zurückwirkende Kraft S. 92.

richtliche Verfolgung aller zur Zeit der Einführung der neuen Proceßlegislation schon begründeten Verhältnisse das alte Gesetz angewendet werden müßte, selbst wenn erst nach vielen Jahren der Proceß angefangen würde.

Daß solche Ansichten grundlos sind, bedarf aber wohl keines Beweises; die individuellen oft launenhaften Vorstellungen und Erwartungen der Contrahenten können keine Rechte geben, und die Ansichten, welche die Gesetze über die sogenannte clausula rebus sic stantibus aufstellen, beweisen dies am besten; jede Parthey hat nur ein Recht darauf, daß überhaupt auf eine gerechte, unpartheyische Weise Recht in ihren Streitigkeiten gesprochen werde, ohne ein Recht auf eine gewisse Form der Verhandlung zu haben. So wenig man behaupten kann, daß ein Ehegatte, der sich zur Zeit verheirathete, als in dem Lande eine Scheidung vom Bande durch wechselseitigen Consens zulässig war, wo aber später die neue Gesetzgebung diese Scheidungsart aufhebt, doch ein Recht habe, später auch unter Herrschaft des neuen die ehemals zulässige Scheidung zu fordern, ebensowenig darf man von einem jure quaesito darauf, daß in der alten Form verhandelt werde, bey demjenigen sprechen, der schon ein Rechtsverhältniß vor dem neuen Gesetze eingegangen hatte. Man kann daher von einem erworbenen Rechte im Processe nur in so ferne sprechen, als 1) einer Parthey schon vor der Einführung des neuen Gesetzes durch einen richterlichen Act im Processe Rechte zugesprochen wurden, die nach den damaligen Gesetzen keine Aenderung litten; wenn daher in einem Processe ein Urtheil erging, gegen welches nach den zur Zeit der Publication bestehenden Gesetzen kein Rechtsmittel zulässig war, so hat der Sieger ein Recht auf Unumstößlichkeit des Urtheils erworben, wenn auch das neue Gesetz gegen diese Art von Urtheilen Appellation zuläßt.

2) Der Gesichtspunct des erworbenen Rechts entscheidet dann, wenn von den rechtlichen Folgen gewisser bereits vorgenommener processualischer Acte die Rede ist. Wenn daher

die Litiscontestation nach dem zur Zeit der Vornahme geltenden Rechte gewisse Wirkungen hat, die das neue Proceßgesetz nicht mehr erkennt, so bleibt es bey den im alten Gesetze ausgesprochenen Wirkungen.

3) So oft eine Parthey unter der Herrschaft des alten Gesetzes von einer rechtlichen Befugniß, die nach dem damaligen Rechte zulässig war, bey Gericht Gebrauch machen zu wollen erklärt hat, wenn auch erst später im Processe die wirkliche Benützung der Befugniß geschehen soll, so steht ihr das Recht darauf auch dann zu, wenn selbst das neue in der Zwischenzeit eingeführte Gesetz, diese Befugniß als unzulässig erklärte; so z. B. darf gewiß das juramentum calumniae, welches A. von B. zur Zeit des alten Gesetzes forderte, noch dann geleistet werden, wenn gleich in der Zwischenzeit das neue Gesetz dies juramentum verboten hat [10].

II. So oft durch die gemischte Anwendung des Alten und Neuen eine Verwirrung und Störung im Verfahren eintreten würde, so fordert das Interesse der Gerechtigkeit ebenso als die Partheyen, welche nicht ohne Grund befürchten müßten, daß eine solche Verwirrung der Gründlichkeit der Urtheilsfällung schaden könnte, daß nicht das neue Gesetz auf den anhängigen Proceß angewendet werde. Diese Verwirrung wird aber in allen Fällen zu besorgen seyn, wenn ein gewisser Act schon einmal nach dem alten Gesetze angefangen ist [11], z. B. wenn der Zeugenbeweis schon nach dem alten Gesetze mit Einreichung der Beweisartikel angetreten ist, und der Gegner schon Fragstücke übergab, und in der Zwischenzeit vor der wirklichen Zeugenvernehmung eine ganz neue Form dieser Vernehmung vorgeschrieben würde. Diese

---

10) v. Gönner Comment. S. 503.

11) Dies erkennen auch die französischen Juristen s. *Merlin* repertoire vol. XVI. p. 281.

Rücksicht führt aber weiter zu der Frage: ob nicht in einem anhängigen Processe die bloße Eröffnung eines gewissen Abschnitts nach der alten Form schon ein Grund werden könne, die Anwendung der neuen Form für die späteren Acte des nämlichen Abschnitts zu verhindern.

§. 2.

Ueber die Trennbarkeit der einzelnen Proceßacte.

Betrachtet man nun die verschiedenen Acte des nämlichen Processes als successive und unabhängige, so frägt sich nur, ob dies von allen einzelnen Acten oder nur von gewissen Abschnitten behauptet werden kann. Man kann in dieser Hinsicht A) entweder davon ausgehen, daß jede einzelne Instanz im Processe unabhängig von der anderen erscheine, die in der nämlichen Instanz aber vorkommenden Handlungen so zusammen gehören, daß, sobald eine Instanz begonnen ist, auch nach den Gesetzen, die bey ihrem Anfang galten, die Fortsetzung erfolgen müsse; oder B) man kann die Hauptabschnitte des Verfahrens in dieser Hinsicht von einander getrennt denken, und daher den Abschnitt des sogenannten ersten Schriftenwechsels oder zur Aufnahme der Streitsverhandlungen von der Beweisperiode, und diese wieder von dem Verfahren über Rechtsmittel ꝛc. trennen; oder C) man kann nach den Hauptbestandtheilen des Processes und den dazu gehörigen Acten den Proceß auflösen, und zwar in die Klage, in die Vertheidigung, in die Instruction, in das Beweisverfahren, wo wieder die Beweisantretung, die Production, die Beweisausführung getrennt werden können, in das Verfahren zur Urtheilsfällung.

Am wenigsten Verwirrung im Verfahren scheint allerdings durch die Annahme der ersten Ansicht zu entstehen, daher auch mehrere neue Proceßgesetzgebungen den Satz aussprachen, daß die Processe, welche an dem Tage, an dem das neue Gesetz in Wirksamkeit tritt, schon anhängig sind, in derselben Instanz nach den bisherigen Proceßgesetzen ver-

handelt werden sollen [12]); allein eine solche Vorschrift hat doch große Bedenklichkeiten gegen sich; denn dadurch müßte die Gesetzgebung oft noch Jahrelang die alten Gebrechen des Verfahrens, und die vorigen Gerichtsverhältnisse fortbestehen lassen. Der bloße Umstand, daß z. B. am 1. May, wo das neue Gesetz wirksam wird, schon die Klageschrift in einem Processe bey Gericht eingereicht war, müßte bewirken, daß noch so lange die Sache in erster Instanz schwebt, die alte Proceßordnung in diesem Processe anzuwenden wäre. Daraus, daß der Kläger durch die Klageschrift ein Recht darauf erworben habe, läßt sich diese Ansicht nicht ableiten, und daß die Rücksicht, der Verwirrung im Processe vorzubeugen, nicht diesen Ausspruch gebietet, soll sogleich gezeigt werden. Man kömmt aber, wenn man auch die Ansicht vertheidigen will, zu einer noch schwierigern Frage; nämlich wie es dann gehalten werden soll, wenn eine in erster Instanz anhängige Sache, zur Zeit der Einführung des neuen Gesetzes, eben wegen eines Zwischenpuncts oder wegen des gegen das Interlocut ergriffenen Rechtsmittels, in höherer Instanz schwebt, und dann wieder zur ersten Instanz zurückkömmt [13])? Soll man dann annehmen, daß, weil zur Zeit der Einführung die Sache in höherer Instanz schwebte, sie jetzt, auch wenn sie zur Ersten zurückkömmt, nach dem neuen Gesetze zu verhandeln ist, oder soll man das Fortbestehen des alten Gesetzes für den Fall, daß die Sache zur ersten Instanz zurückkömmt, behaupten? Das zweyte ist offenbar das consequenteste, kann aber doch sonderbare Verhältnisse erzeugen, z. B. wenn in oberer Instanz im Sinne des neuen Gesetzes eine gewisse Befugniß verweigert wurde, welche nach dem alten Gesetze zusteht. Auch wird ein neuer Zweifel dann entstehen, wenn die Sache zur Zeit der Einführung des neuen Gesetzes in erster Instanz schwebt, dann in die

12) z. B. in der bayerischen Novelle v. 22. Julius 1819. §. 12.
13) v. Gönner Commentar über das bayer. Gesetz S. 501.

Appellationsinstanz kömmt, und zur Execution wieder an die erste Instanz gelangt. Soll auch das Vollstreckungsverfahren nach dem alten Gesetze verhandelt werden, weil die nämliche Instanz, d. h. das nämliche Gericht erster Instanz da ist? oder wenn in einer Sache, die in erster Instanz schwebte, zur Zeit, wo schon das neue Gesetz gilt, appellirt wird und nun das Appellationsgericht, weil nova vorgebracht wurden, die erst bewiesen werden müssen, zur Beweisführung die Sache an das erste Gericht zurückweiset, soll dies Gericht nach der alten oder neuen Form verhandeln?

Wenn nun auf eine umsichtige und gerechte Weise die Anwendung neuer Proceßgesetze in bereits anhängigen Prozessen geschehen soll, so muß man sich über die verschiedenen Classen verständigen, in welche die neuen Proceßgesetze zu bringen sind. 1) Entweder schreibt das neue Gesetz neue, im vorigen Processe unbekannte processualische Acte vor, z. B. Regulirung des status causae, oder 2) es werden statt der bisherigen Formen neue eingeführt, und zwar a) entweder eine neue Grundform des Processes überhaupt, z. B. Oeffentlichkeit, oder b) eine neue Form eines einzelnen Actes, z. B. daß bey der Zeugenvernehmung die Parthepen gegenwärtig seyn dürfen, oder 3) das neue Gesetz schreibt über das Verhältniß der Thätigkeit des Richters in Bezug auf die Proceßführung neue Befugnisse vor, z. B. Untersuchungsprincip statt dem bisherigen Verhandlungsprincip, oder 4) es enthält ein Verbot gewisser Befugnisse der Parthepen, oder gewisse Acte, die zuvor gestattet waren, z. B. der Glaubenseid oder die Gewissensvertretung werden verboten, oder bisher gestattete Rechtsmittel werden aufgehoben, oder 5) das neue Gesetz bestimmt neue Rechtsnachtheile, z. B. bey Ungehorsam, oder legt überhaupt den Acten oder Urtheilen neue Rechtswirkungen bey, z. B. in Ansehung der Beweisinterlocute, ob appellirt werden darf oder nicht, 6) oder es enthält neue Vorschriften über die Bedingungen der Zulässigkeit gewisser Gesuche, z. B. daß die Eideszuschiebung schon in der Klage-

schrift geschehe, oder 7) im neuen Gesetze sind neue Erfordernisse der Beweismittel vorgeschrieben, z. B. was zu einer öffentlichen Urkunde gehört, oder 8) es ist von neuen Vorschriften über die Zulässigkeit gewisser Beweismittel die Rede, z. B. ob noch Zeugenbeweis über gewisse Summen gelte, oder 9) das Gesetz giebt den Partheyen neue Befugnisse zu Rechtsmitteln.

Um mit Rücksicht auf diese Unterscheidungen neue Proceßgesetze auf gerechte Art anzuwenden, bieten die schon oben angegebenen Rücksichten A) daß einer Parthey ein schon erworbenes Recht nicht entzogen werden darf, und B) daß jede durch Anwendung alter und neuer Proceßgesetze im nämlichen Processe leicht entstehende Verwirrung des Verfahrens vermieden werde, dem Gesetzgeber und Richter sicher entscheidende Normen dar. Die erste der eben angegebenen Rücksichten wird nämlich entschieden, so oft das neue Gesetz gewisse Acte Befugnisse, oder Rechtsmittel, die bisher gestattet waren, verbietet, und eine Parthey bereits gerichtlich erklärt hat, daß sie von dem Acte oder der Befugniß Gebrauch machen wolle, obgleich die wirkliche Benützung erst nach Einführung des neuen Gesetzes erfolgen soll. Wenn daher nach dem alten Gesetze die Parthey das Rechtsmittel der Restitution wählte, in der Zwischenzeit aber ein neues Gesetz dies Rechtsmittel aufhebt, so ist nicht zu zweifeln, daß doch die Parthey ihr Rechtsmittel auch unter Herrschaft des neuen Gesetzes ausführen darf [14]). Das nämliche gilt, wenn von neuen Rechtswirkungen die Rede ist, welche gewissen Urtheilen oder Acten beygelegt werden. Wenn daher das alte Gesetz die Strafe des Ungehorsams in Geständniß der Klage und Verlust der Einreden setzte, das neue Gesetz aber nur Annahme der negativen Litiscontestation drohte, so muß doch das noch am Vorabende vor Einführung des neuen

14) Dies ist auch in Frankreich durch mehrere arrêts erkannt worden. *Merlin* repertoire vol. XVI. p. 285.

Gesetzes ergangene Contumacialurtheil die Wirkungen des alten Gesetzes haben. 3) Ebenso würde es Rechtsverletzung seyn, wenn man das neue Gesetz, welches neue Vorschriften über Bedingungen der Zulässigkeit gewisser Gesuche anordnet, auf den unter dem alten Gesetz vorgenommenen Act, worin diese Bedingungen fehlten, zurückbeziehen wollte; z. B. nach altem Gesetz konnte Eideszuschiebung in jeder Lage des Streits vorkommen, das neue Gesetz, welches zur Zeit eingeführt wird, als eben der Proceß in der Duplik schwebt, fordert, daß die Eideszuschiebung in der Klagschrift geschehe. Hier muß man doch dem Kläger das Recht geben, auch noch jetzt den Eid zuzuschieben, da er bey Einreichung der Klagschrift nicht nach einem Gesetze, das er nicht kannte, sich zu richten braucht. Daher 4) kann man auch, wenn neue Gesetze über Beweismittel, ihre Zulässigkeit oder ihre Erfordernisse, etwas vorschreiben, keiner Parthey das Recht rauben, ihren Beweis, sobald der Proceß begonnen hat, nach dem alten Gesetze zu führen, z. B. Zeugenbeweis anzuwenden, ungeachtet das neue Gesetz in solchen Fällen diese Beweisart nicht mehr gestattet [15]). Denn die Parthey, als sie das Rechtsverhältniß einging, konnte nur um solche Beweismittel sich umsehen, die das damalige Gesetz gestattete, und hatte kein rechtliches Interesse, sich andere Beweise zu verschaffen [16]), und es muß dies selbst dann gelten, wenn die Klage zur Zeit der Einführung des neuen Gesetzes noch gar nicht angestellt war, weil die Beurtheilung, welche Beweismittel bey einem Geschäfte zulässig seyen, nur nach der Zeit der Eingehung des Geschäfts sich richtet [17]). Selbst da, wo das neue Gesetz gewissen Acten größere Beweiskraft, z. B. den Aussagen gewisser Personen z. B. der Ge-

15) Dies hat auch Justinian in l. 18 Cod. de testib. anerkannt.
16) Bergmann, das Verbot der rückwirkenden Kraft S. 170.
17) Dies ist auch richtig entschieden in Frankreich s. arrets in *Merlin* repertoire vol. XVI. p. 284. s. auch Chabot de l'Allier questions transitoires I. p. 173. s. aber noch Weber über Rückanwendung S. 166.

richtsdiener, oder gewissen Urkunden beylegt, und dadurch der Producent größere Vortheile genießt, führt die Rücksicht, daß im Processe zwey Partheyen einander gegenüber stehen, und das, was Einer nützt, der Anderen schadet, auf den Zweifel [18]), ob solche im neuen Gesetze gegönnten größeren Beweisbegünstigungen der Parthey gestattet seyn sollen [19]). Nicht ohne Grund kann man sagen, daß, wenn der Product vorausgesehen hätte, daß solche Begünstigung des Beweismittels eintreten würde, er sich besser um Gegenbeweismittel umgesehen haben würde; allein die Consequenz könnte dann leicht auch zur Behauptung treiben, daß, wenn nach altem Gesetze ein Zeuge wegen gewisser Verhältnisse untüchtig gewesen wäre und das neue Gesetz den ehemaligen Untüchtigkeitsgrund nur als Grund des Verdachts erklärte, der Zeuge auch im späteren Processe als untüchtig erklärt werden müßte; es könnte jedoch dies nur von dem Falle behauptet werden, wo ein nach damaligen Gesetze untüchtiger Zeuge zur Abschließung des Geschäfts, zu welchem gesetzlich damals Zeugen gehörten, beygezogen wurde; hier würde freylich dem Producten, weil das ganze Geschäft mit allen seinen Formalitäten nach dem damaligen Gesetze zu beurtheilen ist, das Recht nicht abzustreiten seyn, die Einwendungen gegen den Instrumentszeugen vorzubringen. 5) Der oben erwähnte Gesichtspunct der Rechtserwerbung kömmt auch zur Anwendung, wenn das neue Gesetz Rechtsmittel, die das vorige nicht kannte, in Fällen, wo nach dem alten Gesetz kein Rechtsmittel mehr zulässig war, giebt; z. B. eine dritte Instanz anordnet, wo zuvor nur zwey Instanzen galten. Ist das Urtheil noch unter altem Gesetz in zweyter Instanz ergangen, und am folgenden Tage wird das neue Gesetz eingeführt, so

18) Bergmann l. c. S. 172.

19) Justinian findet es in einem solchen Falle in nov. 48. c. 1. für nöthig, ausdrücklich zu erklären, daß die lex auch ad praeterita geben soll; ähnliches thut der Pabst in clement. 1. de probat.

hat der Sieger durch die Publication das Recht auf Unabänderlichkeit des Urtheils erworben, und die dritte Instanz ist unzulässig [20].

So oft dagegen das neue Proceßgesetz nur neue Formen statt der bisherigen verordnet, steht der Anwendung derselben aus dem Gesichtspuncte der sonst entstehenden Rechtsverletzung nichts im Wege; es ist nicht einzusehen, warum, wenn bisher im Geheimen oder schriftlich verhandelt wurde, nicht öffentlich oder mündlich das nämliche vorgetragen werden kann, was sonst bey verschlossenen Thüren geschah; oder wenn das neue Gesetz die Partheyen bey Zeugenvernehmung gegenwärtig seyn läßt, warum soll dies nicht schon im anhängigen Processe angewendet werden? Nur der Gesichtspunct, daß nicht durch Anwendung des Neuen eine Verwirrung im Verfahren entstehe, entscheidet hier, und in so ferne wird eine Beschränkung der Anwendbarkeit bewirkt, wenn a) eine neue Form auf Acte angewendet werden soll, die nur eine Fortsetzung eines bereits begonnenen Actes sind; z. B. das alte Gesetz gestattete vier Sachverständige, die schon einmal Augenschein eingenommen hatten, und nun erscheint das neue Gesetz, welches nur jeder Parthey einen Sachverständigen gestattet; die Unvollständigkeit des ersten Augenscheins machte aber noch einen neuen Augenschein nöthig; hier wäre gewiß auch unter der Herrschaft des neuen Gesetzes die Beyziehung der vorigen vier Sachverständigen nothwendig. b) Das nämliche tritt ein, wenn die neue Vorschrift Aenderungen über das Vertretungsrecht der Partheyen durch Anwälde oder überhaupt über die Form ihres Auftretens bey Gericht enthält, z. B. bisher durften Advocaten den Proceß führen, und nun erschiene ein Gesetz, welches in dieser Art von Processen das persönliche Auftreten der Partheyen forderte; daß hier des neuen Gesetzes ungeachtet der Proceß von dem Advocaten fortgeführt werden muß, ist

20) Weber v. d. Rückanwendung. S. 130.

wohl nicht zu bezweifeln [21]). c) Aehnliches gilt von dem Falle, wenn das neue Gesetz einen völlig anderen Grundsatz über das Verhältniß der Partheyen zu dem Richter anordnet, z. B. das Untersuchungsprincip einführt, wo bisher die Verhandlungsmaxime galt. Wollte man hier in dem schon anhängigen Processe das neue Princip anwenden, so würden am Ende die Richter Acte, des nämlichen Processes, verschieden beurtheilen müssen, und die Mischung heterogener Formen bewirkte leicht Proceßverwirrung.

§. 3.

Anwendung der bisher aufgestellten Sätze auf einzelne Fälle.

I) Wenn ein Proceß unter der Herrschaft des alten Gesetzes durch die Klagschrift anhängig geworden ist, ohne daß der Streit bis zur Litiscontestation gedieh und nun ein neues Proceßgesetz erscheint, so ist gewiß dies neue Gesetz für alle späteren Handlungen anzuwenden, da die bloße Einreichung der Klageschrift kein Recht begründet, daß nun auch alle künftigen von der Klage unabhängigen Proceßhandlungen nach altem Rechte vorgenommen werden, und da eine Verwirrung im Verfahren nicht zu besorgen ist [22]). Es versteht sich aber, daß, wenn das neue Gesetz ein neues Erforderniß der Klagschriften vorschreibt, die eingereichte Klage, die dem alten Gesetze gemäß war, zu Recht besteht. Nur die Frage

21) Weber l. c. S. 132 meint, daß, wenn ein neues Gesetz die Beyziehung eines Geschlechtsvormunds, wenn ein Weib auftritt, anordnet, auch im anhängigen Processe, obgleich bisher ein Beystand nicht nöthig war, für die künftigen Acte, diese Beyziehung nothwendig sey.

22) Dies sprechen auch aus preuß. Verordn. v. 18. Dec. 1780 über die Anwendbarkeit neuer Proceßgesetze. §. 3. auch Würtemberg. Edict. v. 1818. §. II. A. f. auch neues Altenburg. Gesetz über den unbestimmten sumar. Proceß. v. 7. April 1823. §. 3. auch Weber über Rückanwendung S. 129.

könnte noch entstehen, ob es in solchen Fällen nicht zweckmäßig wäre (damit der künftige nach neuen Gesetzen zu verhandelnde Proceß auch die dem neuen Gesetze gemäße Grundlage erhalte), wenn der Richter dem Kläger (freylich dann kostenfrey) eröffnete, daß man der Nachtragung der nach dem neuen Gesetze erforderlichen Formen entgegen sehe. Es möchte jedoch darauf ankommen, auf welche Art der Formen das neue Gesetz sich bezieht.

II) Hat bereits der Beklagte seine dem alten Gesetze gemäße Antwort auf die Klage abgegeben, ehe das neue Gesetz wirksam wird, so könnte man zwar sagen, daß der Einführung des neuen Gesetzes, z. B. wenn dasselbe statt der Replik- und Duplikschrift einen preußischen Instructionstermin anordnete, nichts im Wege stehe, da es den Partheyen einerley seyn könne, ob sie schriftlich oder mündlich sich erklärten; allein richtiger wird man doch die schriftliche Form, in so ferne von den Schriften die Rede ist, an deren Stelle der Instructionstermin treten soll, beybehalten [23]; jedoch so, daß von der Urtheilsfällung an (es mag Endurtheil oder Interlocut ergehen) die neue Proceßform angewendet wird. Dies rechtfertigt sich durch die Erwägung, daß Replik und Duplik Fortsetzungen und weitere Entwickelungen der Klage- und Einredeschrift sind; und Verwirrung im Verfahren durch Anwendung der neuen Form unvermeidlich entstehen müßte. Der Kläger hat z. B. das Recht, daß der Beklagte mit allen in der Einredeschrift nicht vorgebrachten Einreden präcludirt werde; wenn nun doch der Instructionstermin zugelassen wird, in welchem erst durch die richterliche Befragung das Verhältniß unter den Partheyen klar wird, so daß man nova nicht wohl ausschließen kann, so entsteht die Frage, ob man den Instructionstermin im Sinn des neuen Gesetzes oder so betrachten will, daß nichts Neues vorkommen darf. — Oder der Beklagte hatte nach dem alten Gesetze das

23) Dafür stimmt auch v. Gönner S. 502.

Recht, durch gewisse Proceßhindernde Einreden von der Litiscontestation frey zu werden; das neue Gesetz gestattet dies nicht mehr; wenn nun der Beklagte von einer solchen Einrede unter Herrschaft des alten Gesetzes Gebrauch gemacht hat, soll nun doch die neue Form angewendet werden? Daß dadurch überall Verwirrung entstehen müßte, ergiebt sich leicht.

III) Ist von einem Incidentgesuche die Rede, z. B. einer Intervention, einem Provisorium und a) hat das neue Gesetz über die Zulässigkeit eines solchen Gesuchs etwas Anderes aufgestellt, als das alte Recht, hat aber eine Parthey schon unter Herrschaft des alten Rechts von der damals richterlichen Befugniß Gebrauch gemacht, so muß auch über das Gesuch nach dem alten Rechte verfügt werden. b) Bestimmt dagegen das neue Gesetz nur eine andere Form des Verfahrens für solche Incidentpuncte, z. B. mündliche Instruction statt schriftlicher, so kann die neue Form, wenn die Verhandlung nach alter Form noch nicht begonnen hatte, gewiß angewendet werden.

IV) Ist eine Verhandlung nach dem alten bisherigen Rechte geschlossen, und ordnet nun das neue Gesetz, das nach diesem Actenschluß wirksam wird, eine neue Form an, z. B. noch einen Schlußtermin zur Regulirung des status causae, so scheint zwar das Recht der Partheyen darauf zu gehen, daß nicht durch Anwendung neuer Formen der Proceß verzögert werde, allein da den Partheyen kein bisher erworbenes Recht beschränkt wird, da im Interesse der Wahrheit durch den neuen hinzukommenden Act nur die Aufhellung der Sache gewinnen kann, da auch selbst nach erkanntem Actenschlusse dem Gerichte nicht verwehrt ist, zur Aufklärung nothwendig scheinende Anordnungen zu treffen [24], so darf

---

24) Schon Termineus process. per script. pag. 186. stellt diese gewiß richtige Ansicht auf.

man wohl annehmen, daß auch das Gericht die neue Form anzuwenden habe [25]).

V) In Bezug auf die Anwendung neuer Vorschriften über Ungehorsam der Partheyen darf man annehmen: a) so lange noch kein gerichtlicher Auftrag an den Ungehorsamen ergangen war, darf auch das Gericht die Anwendung der neuen Ungehorsamstrafe drohen, weil dann die gehörig gewarnte Parthey noch immer Zeit genug hat, dem Befehle des Gerichts nachzukommen. b) Ist bereits der gerichtliche Auftrag nach altem Rechte mit der alten Drohung ergangen, läuft aber der Termin erst unter Herrschaft des neuen Gesetzes ab, so muß doch die Ungehorsamsstrafe des alten Rechts angewendet werden, weil derjenige, dem der Auftrag ertheilt wurde, seine Handlungsweise nur dem ertheilten Auftrage gemäß einzurichten nöthig hatte, und weil nicht mehr wahr gemacht werden kann, als gedroht ist. c) Dies gilt auch, wenn schon zur Zeit, als darüber erkannt werden soll, das neue Gesetz zur Anwendung der Contumacialstrafe eine Anklage gefordert, was das Neue nicht mehr verlangt, und ist auch noch nicht decretirt, so muß doch das Gericht die Anklage abwarten, ehe es die Strafe ausspricht [26]), weil als die Drohung erfolgte, sie nur unter der damals geltenden Bedingung, daß Anklage ergehen würde, erfolgte, und der Ungehorsame diese Bedingung voraussetzte. d) Ist nach dem alten Gesetze der Ungehorsam auf gewisse Art, die das neue Gesetz nicht mehr zuläßt, zu purgiren, und ist Ungehorsam noch unter altem Gesetze verwirkt worden, so gilt doch das alte Recht in Bezug auf diese purgatio. e) Ist nach dem alten Rechte unter dessen Herrschaft das Contumacialurtheil ergeht, keine Appellation zulässig, die es nach dem neuen Gesetze ist, so darf doch nicht appellirt werden, weil der

25) Würtemberg. oben angeführte Verordn. §. II. A. nro. 2.

26) s. jedoch Würtemb. Gesetz in den Beylagen zum Organisationsedict S. 110.

Sieger im Momente der Publication das Recht auf Unabänderlichkeit erworben hat.

VI) Ist die Lehre von den Beweisinterlocuten im neuen Gesetze dahin geändert, daß nur mehr ein nicht appellables und der Rechtskraft fähiges Decret eintritt [27]), und ist noch kein Interlocut ergangen, ehe das neue Gesetz erscheint, so treten die neuen Formen ein; ist aber bereits Interlocut ergangen, so muß auch den Partheyen das Recht auf Appellation zustehen, weil die rechtlichen Wirkungen der Urtheile nach dem Momente ihrer Publication sich richten.

VII) Ist über die Form der Beweisantretung und welche Beweismittel sogleich darin angeführt werden sollen, z. B. ob Eidesdelation an die Beweisfrist gebunden ist, im neuen Gesetze etwas vom Alten Abweichendes normirt worden, so kömmt es darauf an, ob die Beweisantretung schon eingereicht ist, ehe das neue Gesetz wirksam wird; ist dies noch nicht geschehen, so muß auch das neue Gesetz beobachtet werden; ist aber auch die Beweisantretung unter dem alten Gesetze geschehen, und bestimmt nun das darnach wirksam werdende neue Gesetz etwas neues über die Form der Benützung der Beweismittel, z. B. daß Zeugen in Gegenwart der Partheyen zu vernehmen seyen, so muß diese neue zum Besten beyder Partheyen zureichende Form auch angewendet werden und selbst wenn das neue Gesetz keine Beweisartikel gestattet, die jedoch schon nach dem alten Gesetze eingereicht wurden, ist nicht zu behaupten, daß der Producent ein Recht auf Vernehmung der Zeugen über die Artikel habe, da der Richter diese Artikel zu seiner Leitung bey Befragung dienen lassen wird, aber nicht gehindert werden darf, im Interesse der Aufhellung der Wahrheit, zweckmäßiger und vollständiger die Zeugen zu befragen.

VIII) Daß bey der Frage, ob neue über Zulässigkeit gewisser Beweismittel oder Erfordernisse ihrer Beweiskraft

27) Preuß. Gesetz v. 1780. §. 4.

entscheidende Gesetze nicht anzuwenden sind, weil die Parthey zur Zeit der Eingehung des Geschäfts sich nur um die damals zulässigen Beweismittel umzusehen schuldig war, ist bereits oben bemerkt worden [28]). Enthält aber das neue Gesetz neue vom bisherigen abweichende Vorschriften über die Beweislast, oder stellt es neue Rechtsvermuthungen auf, so darf der Richter gewiß auch bey Abfassung des Interlocuts, wenn das neue Gesetz noch vor Fällung des Interlocuts erscheint, diese neuen Vorschriften befolgen, weil die Frage, wer zu beweisen schuldig sey, nur nach den Gesetzen zu beantworten ist, die den Richter zur Zeit binden, als er sich frägt, ob er etwas für wahr halten darf [29]).

IX) Ist im alten Rechte eine Förmlichkeit vorgeschrieben gewesen, die weder auf die Glaubwürdigkeit noch auf die Benützung der Beweismittel Einfluß hat, z. B. Abfassung des Zeugenrotulus, ist aber diese Form im neuen Rechte abgeschafft, so ist sie auch im anhängigen Processe nicht vorzunehmen [30]).

X) Hatte das alte Gesetz den Partheyen bey gewissen Beweismitteln Befugnisse eingeräumt, die nicht blos die Form der Benutzung, sondern das Recht die Glaubwürdigkeit der Beweismittel selbst zu vermehren oder zu begründen betreffen, z. B. Schriftenvergleichung, so muß das alte Gesetz angewendet werden, sobald die Parthey von dem Beweismittel, worauf sich die Befugniß bezieht, gerichtlich Gebrauch gemacht, z. B. die Urkunde producirt hat, wenn auch das neue Gesetz dies ehemalige Mittel aufhebt. Sobald daher Eid zugeschoben ist, muß auch der Delat von Gewissensvertretung Gebrauch machen können, wenn auch das neue Gesetz dies Recht aufgehoben hätte.

---

28) s. oben Not. 15 – 17.

29) Weber über die Rückanwendung S. 160.

30) v. Gönner S. 503.

XI) Ueber das Recht gegen ein Urtheil zu appelliren und über die hiezu zulässige Zeit, entscheidet das Gesetz, unter dessen Herrschaft das Urtheil publicirt wurde. Wenn daher das neue Gesetz auch eine längere Frist als das alte Gesetz zur Ergreifung des Rechtsmittels bestimmte, so entscheidet für das unter dem alten Rechte ergangene Urtheil nur die Frist des alten Rechts, weil mit dem Abfluß des letzten Tages der alten Frist der Sieger das Recht auf Unabänderlichkeit erwarb [31].

XII) Wenn das neue Gesetz eine andere Form der Ausführung der Appellation bestimmt, z. B. mündliche statt schriftliche Form, und wenn erst das Rechtsmittel eingeführt ist, ohne Beantwortung von Seite des Gegners, so kann das neue in der Zwischenzeit erschienene Gesetz in Ansehung der Form angewendet werden [32].

XIII) Ist im neuen Gesetze über die Zulässigkeit der außerordentlichen Rechtsmittel etwas Neues bestimmt, z. B. ein bisher gestattetes Rechtsmittel aufgehoben oder beschränkt bey, z. B. der Richtigkeitsbeschwerde, so kann nur der Umstand, ob schon unter dem alten Rechte eine Parthey das Rechtsmittel bey Gericht eingeführt hat, darüber entscheiden, ob sie ungeachtet des in der Zwischenzeit erscheinenden neuen Gesetzes das Mittel doch im Sinne des alten Rechts ausführen darf; man müßte sonst annehmen, daß der nach damaligen Rechte gültige Einführungsact des Rechtsmittels durch das später erschienene neue Gesetz in seiner Wirkung vernichtet würde, was offenbar rückwirkende Kraft begründete. Man kann aber auch nicht sagen, daß schon die Publication des Urtheils unter dem alten Gesetze ein Recht auf

31) Aus der nov. 115. praef. u. cap. 1. ist nicht viel abzuleiten, da sich die Novelle nur auf das Materielle des Rechts bezieht. Weber über die Rückanwendung S. 209. f. auch Bergmann S. 146.

32) *Mevius* decis. p. V. Dec. 277. Nro. 3.

alle damals zulässigen außerordentlichen Rechtsmittel gebe; denn sonst müßte man annehmen, daß, wenn 1800 ein Urtheil publicirt wurde, wo im Lande damals Nichtigkeitsbeschwerde wegen nullitas in thesi begründet war, und nun 1812 ein Gesetz erschien, das diese Art von Nichtigkeitsbeschwerden aufhob, noch bis 1830 doch die alte Nullitätsquerel zulässig wäre. Was oben von dem mit der Rechtskraft zusammenhängenden ordentlichen Rechtsmittel gesagt wurde, darf nicht auf die außerordentlichen ausgedehnt werden.

XIV) In Ansehung der Frage, ob zwey oder drey Instanzen zulässig seyen, wird man am richtigsten jedes ergehende Urtheil nach dem Gesetze, unter dessen Herrschaft es ergeht, beurtheilen. Ist daher im alten Gesetze in einer Sache keine dritte Instanz zulässig gewesen, und ergeht das Urtheil zweyter Instanz zu einer Zeit, wo noch das alte Gesetz galt, so erscheint, wenn auch zwey Tage darauf das neue Gesetz eintritt, das Urtheil als unanfechtbar; hatte das alte Gesetz in einer Sache drey Instanzen gestattet und das neue Gesetz nur zwey und wird das zweyte Urtheil unter altem Gesetz publicirt, so muß freylich die dritte Instanz zulässig seyn; tritt die Publication unter dem neuen Gesetze ein, so ist das Urtheil mit der Publication rechtskräftig geworden, und derjenige, welcher im letzten Urtheil Sieger ist, hat das Recht auf Unabänderlichkeit. Mann kann daher nicht behaupten, daß eine Parthey schon durch Publication des ersten Urtheils ein Recht auf drey Instanzen erwerbe, da jedes Urtheil als neues gilt und nach dem Zeitpuncte der Publication zu beurtheilen ist.

XV) Was die Vollstreckung der Urtheile betrifft, so erwirbt keine Parthey durch die bloße Urtheilspublication schon ein Recht auf die Beybehaltung der alten Executionsordnung [33]), da die Executionsinstanz eine neue Abtheilung und

33) *Merlin* repertoire vol. XVI p. 286.

neuer Inbegriff von Proceßacten ist (im Sinne des französischen Rechts ist der Proceß ohnehin mit dem Urtheil beendigt), die nach den Gesetzen zu beurtheilen ist, unter deren Herrschaft die Acte vorgenommen werden. Ist vom Sieger noch unter dem alten Rechte um ein damals zuläſſiges Executionsmittel gebeten, welches nach dem neuen Gesetze aufgehoben ist, so muß doch das zuvor rechtlich impetrirte Mittel gestattet werden; hat der Besiegte sich noch unter dem alten Gesetze in der Executionsinstanz vertheidigt, und z. B. Einreden vorgeschützt, die damals zuläſſig waren, die aber das neue Gesetz nicht mehr gestattet, so muß diese damals gültige Vertheidigungsart zugelassen werden. So lange aber ein in der Vollstreckungsinstanz vorkommender Act noch nicht vorgenommen ist, können auch in Bezug auf die Form, z. B. ob mündlich oder schriftlich verhandelt werden darf, nur das Gesetz, unter dessen Herrschaft der Act vorgenommen wird, angewendet werden.

V.

Ueber die Natur der auf jeden Inhaber lautenden Verschreibungen.

Vom Herrn Dr. E. F. Souchay,
Advocat zu Frankfurt a. M.

Noch immer schwebt über dem Verkehr mit Staatspapieren die größte Ungewißheit des Rechts. Die gerichtlichen Urtheile über einzelne diesen Verkehr betreffende Processe sind so verschieden, daß man von einer vorherrschenden Ansicht, oder s. g. Praxis, noch gar nicht reden kann, auch die Theorie hat noch keinen festen Halt gewonnen und jede über diesen Gegenstand erscheinende Schrift entwickelt neue Ansichten.